

国家補償の憲法的考察

中 原 精 一

目 次

I	は し が き	(43)
II	人権体系からの評価	(44)
1	憲法規定の制定経過	(44)
2	人権体系の分類と国家補償の位置づけに関する諸説	(46)
3	基本的人権としての国家補償請求権	(50)
III	国家責任からの評価	(55)
1	損失補償責任	(56)
2	損害賠償責任	(58)
3	刑事補償責任	(60)
IV	む す び	(61)

国家補償の憲法的考察

中 原 精 一

I は し が き

国家補償という用語は、実定法上の呼称ではなく、理論上の概念として使われるものであるが、その意味は、「国が、その活動により、直接又は間接に、個人にこうむらせた損失を補填すること」（今村，国家補償法，法律学全集9巻，p.1）である。また本稿では、憲法17条の国による損害賠償，損失補償（29条3項）及び刑事補償（40条）の統一的総称である。

これまで国家補償は，一般に国による損害賠償と損失補償とに明確に分けて個別的に考察されてきた。すなわち，それはまず，国家の活動——つまり，国家が個人に損失をこうむらせる行為——が，適法行為であるか，違法行為であるかによって区別されたことと，補償についての国家責任の観点から，損害賠償については，「近世の個人主義的思想を基底とし，個人的道義的責任主義をもって基礎原理として構成された」（田中，行政法（上），pp.250—1）と考えられたのに対し，損失補償は，「元来，団体主義的思想を基底とし，社会的公平負担主義の実現を基礎理念として構成され」（田中，前掲，p.251）た，と考えられていたことによる。しかし，従来のこのような理論が，主として，国家の公権力のあらわれ方のちがいと，それに伴う責任の種類が当然に異なる，という観念の上になつて，損害賠償と損失補償とを異った基盤にたたせて，いわば，国家補償を公権力の立場からのみ理解してきたことは，日本国憲法の下では，十分に反省されなければならない。むしろ，国家補償とは，国家の公権力のあらわれ方いかんにかかわらず，被害者たる国民の国家に対する請求権的立場から，統一的理論構成を試みることの方が，その現代的意義を把握できるであろう。本稿は，日本国憲法の人権体系の中の国家補償に関する諸規定を，以上のような観点から考察したものである。

日本国憲法では，公務員の不法行為によって生じた，損害補填のための国に対する損害賠償請求権（17条）財産の公用収用に対する損失補償請求権（29条3項）ならびに刑事補償請求権（40条）を，国民にそれぞれ保障し，国家補償の法体系——明治憲法下では，もちろん憲法上の規定もなく，法制としてもきわめて不完全であった——を，一挙に憲法上の国民の権利として確立せしめた。このような日本国憲法にあらわれた国家補償諸規定の考察にあたって，漸く，国家補償体系を統一的に理論構成しなければならないと主張する傾向が，いくつかの著書に現れるようになってきた。たとえば，田中教授は，「今日においては，少くともその基礎理念において，（損失補償と損害賠償との）対立は認めがたい。むしろ両者を融合統一し，公平負担の見地から，被害者の損害填補に重点を置いて，問題を解決し」なければならないとし（田中，前掲，p.251），今村教授は，「国家補償法の問題は，国の行動によ

り個人のこうむった特別の損失の填補を目的とするものとして、原因行為の適法性の如何に拘らず、共通の性格を有している」。したがって、「被害者の立場に立てば、原因行為の適法性の如何は問う所でないことは、論ずるまでもないことで、ここに、国家補償法としての統一的考察の必要も生じて来るのである」（今村、前掲、P.42）とのべている。また、和田教授は、憲法における三つの条項の理解にあたっては、「従来は、これらの問題はその条文のおかれた位置にもよるが、とかく個々ばらばらにしか論議・検討されてこなかった。しかし、日本国憲法が基本的人権の尊重という観点から人権保障の一環として、これらの制度を請求権的な基本権として把握している以上、たんなる個別的な、ばらばらの制度としてではなく、むしろ総合的、体系的に理解し、検討することも、重要なことなのである」（和田、演習憲法、pp.103—4）、と提案している。

以上のような、国家補償に関する問題意識と、理論的統一に対する提案に従って、本稿は、考察の方法を、日本国憲法に規定されている、三つの国家補償条項を、人権体系からの評価と、国家責任からの評価に分けて、観察してみることにした。

II 人権体系からの評価

1 憲法規定の制定経過

明治憲法では、全く姿をみせなかった国家補償に関する諸規定が、現行憲法では、一挙に条文化されるに至った。このことは、すでに明治憲法下においても、憲法規定こそ存在しなかったが、法制において、損失補償・刑事補償制度が存在し、また、権力作用による場合を除いては、国に損害賠償の責任があることを認めた判例もあったことから（これらの事情については後述）、現憲法の規定のごときが設けられる土壌はすでにあったとみる見解もあるが、しかし、制定過程をみる限り、必ずしもこのような土壌（それは、むしろ現行憲法の根ざす土壌とは全く異質なもの）から当然に現憲法に登場してきたわけのものではなかった。たとえば、憲法17条及び40条の規定は、制憲議会の審議過程の中から生れたものであり、マッカーサー草案にも政府提案の改正草案にもなかったものである。マッカーサー草案に姿をみせなかったことは、イギリス法を継受したアメリカにおける国家無責任の原則の存在と、コモンローの下では、直接に国に対する国民の求償権が存しないということにあったため止むを得ないが、政府の改正草案にもあらわれなかったのは、明治憲法時代に、わが国では国家無責任の原則が、さらに強固な、天皇大権によって強められていたから、敗戦当時の憲法草案起草者達は、国家に対する国民の求償権を、憲法保障の地位に高める能力を持ち得なかったのである。ちなみに、当時の民間、政党の各憲法草案ですら、損害賠償請求権を憲法案の中におりこんだものは、みあたらないのである（佐藤、日本国憲法成立史2巻、p.733以下）。もっとも、刑事補償については、若干の案において、司法の章にこの規定の必要性を掲げているものがある（例えば、日本社会党案、憲法研究会案にそれがみられる、佐藤、前掲、pp.782—7）。

このような背景のもとで、制憲会議において、国の損害賠償を国民が請求することを、憲法保障と

して規定する必要性を主張した質問があったにもかかわらず、政府は、次のように答弁した。つまり「第三章の範囲に考えられます権利は、特に重要な国民の権利義務を考えて居る訳であります。併し世の中に規定することを好ましいとする国民の権利義務は数多くあるのでありまして、それを何処まで憲法に採入れるか、或はこれを一般の法律に任すか、その限界をはっきり決めることは困難でありますけれども、凡そ憲法の建前からしてその重要さを検討致しまして、主なるものを茲に第三章中に取り入れた訳であります。随って今御話しになりました……無罪者の賠償（筆者注、同書 p.379 参照）官吏の違法行為に基く賠償の如きは、これを法律事項、立法問題として研究する方が、この憲法の体裁に副うのではないかと考えて居ります」（清水、逐条日本国憲法審議録 2 巻、p.372）。にもかかわらず、制憲議会は、衆院本会議における芦田委員長の次のような提案理由にもとづいて、17条、40条の両規定を、設けることに決した。すなわち、「從來我が国に於ては、公務員の不法行為に依って損害を受けた場合、又は罪なくして処罰を受ける、即ち冤罪の場合に、賠償又は補償を受ける権利が十分に保護せられて居なかったことは、既に御承知の通りであります。是等の権利を憲法に明記して、国家又は公共団体の賠償責任を明かにする為、特に二つの場合を区別して、第17条と第40条とに新たな規定を設けることに致しました」。この提案理由の趣旨は、わが国の公権力による侵害行為に対する強い歴史的反省にもとづくものであった。したがって、国の賠償責任に対する、理論的な必然性から、憲法規定に当然挿入されるべきものであるという主張ではなかった。が、いずれにしても、制憲議会は、国の損害賠償及刑事補償を、人権体系の一つとして、日本国憲法という、新しい土壌に植えつけたのである（もっとも、このような経過で憲法規定となったことは、その後の人権体系で占める地位に大きく影響している感がある。宮沢、後出全集参照）。

一方、損失補償については、マッカーサー草案のとき、すでに存在していた。ところがこの草案では、損失補償の前提となる、財産権の保障（マ草案では所有権とされている）について、きわめて社会主義的な一項が加えられていたため、物議をかもした。その規定というのは、「土地及一切ノ天然資源ノ究極的所有権ハ人民ノ集团的代表者トシテノ国家ニ帰属ス国家ハ土地又ハ其ノ他ノ天然資源ヲ其ノ保存、開発、利用又ハ管理ヲ確保又ハ改善スル為ニ公正ナル補償ヲ払ヒテ収用スルコトヲ得」（マ草案 28 条）であった。ために、当時の日本政府（明治憲法のもとで独占資本にささえられた保守的政府）が、それに社会主義的な「危険」を感じたと伝えられた（宮沢、憲法Ⅱ、法律学全集 4、p.192）としても、不思議ではなかった。したがって、その後の 3 月 2 日案、政府改正草案要綱並びに同改正草案いずれも、この条項を削除し、マッカーサー草案にあった、財産権（所有権）の不可侵（同草案第 27 条前段）、法律による財産権の内容（同 27 条後段）及び損失補償（同第 29 条）のみが生かされ、現行憲法第 29 条の規定となったのである。

ところで、現在、憲法第 29 条第 2 項の、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める」という規定をもって、ワイマール憲法第 135 条と比較しながら、これが、財産権の社会国家的変質を要請したものとし、憲法 29 条 3 項の「正当な補償」も、したがって社会国家的制約を受けた補償内容であるべきだと理解されているが（このことが現時点で必ずしも間違いであるというわけで

はない), 制憲議会で政府答弁では, 憲法第29条2項の意味は, 財産権に対する行政権の専断をさけるために, 「財産権も総て法律に依らなければ, これに対して何等の圧力を加えることが出来ない」という点に重点がおかれているところをみると(清水, 審議録2巻, p.687), 損失補償についての理解もまた, フランス人権宣言以来の理念構成の域をでなかったように, 推察できるのである。

以上のように, 国家補償に関する憲法諸規定の制定経過を眺めたとき——たとえば, 国の損害賠償に関する規定が, かりうじてわが国の歴史的事情に対する反省によって, 憲法規範になりえたことなどからおして——, すくなくとも, 国家補償に関しては, 人権体系上また国家責任の観点のいずれから, 憲法制定者達は, 統一的理論をもちえていなかったことは明らかである。このような, 憲法制定経過の事情は, 既成の憲法研究者の国家責任の理論を媒介として, その後の憲法論に大きく影響し, 国家補償に関する総合的・体系的理論構成の芽を育てることができず, 各個ばらばらに論議されることとなったのである。

2 人権体系の分類と国家補償の位置づけに関する諸説

国家補償に関する憲法諸規定が, 日本国憲法の保障する人権体系の中で, どのような地位を占めているかを考察するにあたって, これらの人権体系がどのように, 分類, 整理されているかをみることは, 予備的考察として必要であろう。以下, 主な憲法基本書から, 概略的に眺めてみることにする。

わが国で, 人権体系の分類の原型, もしくは基本となっているのは, イエリネックが, その著 *System der subjectiven öffentlichen Rechte* (1892) において分類した, 国家に対する個人の公権としての地位, 及びそれに対応した個人の国家に対する権利の分類によっていわれる(佐藤, 憲法研究入門(上), P.80)。イエリネックによると, 個人は国家に属することによって, いくつかの地位を有し, その地位に対応して, 国に対しいくつかの権利——公権——をもつとする。まず, 地位について第1に受動的地位(Passive Status)または服従の地位(Status subjectionis), 第2に消極的地位(Negativer Status)または自由の地位(Status liberatatis), 第3に積極的地位(Positive Status)または公民の地位(Status ciuitatus), そして第4に能動的地位(aktiver Status), または能動的公民の地位(Status der aktiven Zivität)がそれであり, これらの地位に対応して, 個人は, 個人の義務, 自由権, 訴権または受益権及び参政権が生れるとする(G. Jellinck. a. a. O. S. 81, 193)。

イエリネックの分類を日本国憲法でそのまま踏襲したのは, 美濃部博士である。博士がイエリネックをわが国に紹介した先駆者であることと, 博士の明治憲法的権利意識をもってしては, イエリネックの19世紀的人権体系のほかに, 社会権もしくは生存権という新しい権利を創意することが困難であったことから当然ではあった。博士は, したがって人権体系を平等権, 参政権, 受益権及び自由権に分ち, 労働権もまた「結社の自由の特殊な方面に於ける現れに外ならない」(美濃部著, 宮沢補訂, 日本国憲法原論, p.175)として, 自由権の中に入れていた。これを仮に第1の分類としよう。しかし, その外の著者達は, 社会権または生存権(概して社会権という表現を用い, 生存権は, 社会権の中の一形態としているが, 例えば, 佐藤「日本国憲法概説」のように生存権という表現を用い, 第25条を狭義の生存権とし

ている例もある。同書、p. 172) というイエリネックの時代には存在しなかった20世紀的諸権利を、つけて加えて配列している(なお清宮「憲法要論」は美濃部博士の分類に近い)。これを仮に第2の分類としよう。このような、いわばイエリネックの分類の機械的、形式論理的な分類の踏襲としてではなく、人権を「自由権から生存権への展開として動態的に把握」(鵜飼、憲法、岩波全書、p. 87) しようとする試みがなされる。例えば、鵜飼教授は(同書、p. 88以下)、自由権、社会権的基本権及び基本権を確保するための基本権に分類することを試みる。基本権を確保するための基本権は、表現として新しい感覚をもつが、その内容は、イエリネックの積極的地位における訴権=受益権と能動的地位における参政権を含めたものである。この分類に従うものとして黒田教授(学習憲法)和田教授(憲法体系)などをあげることができる。ところで、受益権と参政権をまとめて、一つの権利構造体系とする考えは、イエリネックの理論を批判したケルゼン(H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 150f)の理論(ケルゼンは、国民の国法に対する関係を受動的関係、消極的關係及び能動的關係の三つに分類した)が参考にされるが、この理論を積極的に採用したのは、宮沢教授の分類である(宮沢、憲法Ⅱ、p. 88以下)。小林(直)教授の分類の仕方も(憲法講義)、ほぼこれらと同じであろう(ただ、社会権的基本権の中に所有権の保障を入れていることと、請求権的諸権利の中で、損失補償請求権を論じている点是他書と趣を異にしている。同書(上)p. 19以下)。これらは、まとめて第3の分類とすることができよう。以上三つの分類のほかに、小林(孝)教授(憲法学要論)は、自由権と社会権に大きく分けるが、社会権の分類の中で説明している諸権利の侵害に対する保障(同書、p. 144)は別に独立して分類すべき性質のものであろう。ただ、そこにあげられている請願権、裁判請求権、損失補償、損害賠償及び刑事補償等のうち、請願権はもともと政治的自由権の一つとして(同書、p. 125)、損失補償は財産権保障の付随的権利として(同書、p. 123)のべられている点では、これらの侵害に対する保障が、統一的な基本権として理解されているわけでもなさそうである。大石教授(憲法講義)は、個人権、平等権、自由権、参政権及び請求権に分類し、鈴木教授(日本国憲法概論)は、自由権及び平等、政治的権利及び文化的権利、社会的・経済的権利に分けられ、水木教授(憲法講義)は、参政権、自由権、生存権及び権利保障制度に、安沢教授(憲法論)は、理論的意味の分類は意味がないとして、説明上の分類として国または公共団体に対する権利、身体または思想の自由、家族生活に関する規定、社会生活・経済生活についての権利及び義務そして刑事事件における人身の保障に分類する。

以上、概略的にみて、人権体系の理論的分類は、自由権、社会権のほかに、それぞれ、表現は異なるが、イエリネックのいう受益権及び参政権をまとめた権利群の三つに分類するのが大勢の傾向のようである。

このような分類の中で、国家補償に関する諸規定は、どのように位置づけられているであろうか。まず憲法17条、29条3項及び40条を一つの権利体系の中にまとめて論じているものに、美濃部、田上、川口及び小林(直)の各氏がある。美濃部博士は、国家補償の三つの規定を、国民の受益権として、栄誉権、請願権、生活を営む権利、教育を受ける権利、勤労の権利及び裁判を受ける権利とともにまとめられる(前掲書、p. 159以下)。なおここでは刑事補償の請求権が損失補償の請求権として、

29条3項と同列に論ぜられている（同書，p.164）。田上教授は，受益権の中の実体的な受益権の保障として，三者をとらえている。実体的公権としては，なお両院議員の歳費請求権，裁判官の報酬請求権（憲法49条，79条及び80条）も含まれている（なお形式的公権としては，請願権，裁判を受ける権利，法定手続によらなければ刑罰を科せられない自由（31条）に関する被疑者，被告人に特別な受益権（34，37条）等がかかざる，同書，pp.90—1）。そして，実体的公権とは「いずれも国家との特別な関係を前提として憲法により創設された権利であって，自然法的な人権でない。これらの権利は予算的措置を要するほか，その要件は憲法上明かでないから，特別な立法を法定の停止条件とする」と説明されている（同書，p.91，この点についてはのちに検討する）。川口教授（憲法）は，田上教授と同じく第2の分類に入るが，ここでも，国家補償の三つの規定を，受益権の中で，請願権，裁判請求権とともに国民が国家に対して積極的な利益又は給付を請求する権利として掲げている（同書，pp.97—8）。小林（直）教授（憲法講義（上））は，人権体系の第3の分類に入り，なおいくつかの新しい試みがなされているが，ここでも，国家補償諸規定を一つにまとめて，請求権の諸権利として説明する（同書，p.281以下）。三つの規定の統一的な理論構成の試みは不十分である。たとえば損失補償について「公共のための私権の制限が調整原理によって，補償を求める権利を前提していることに注目しておけば足りであろう」（同書，p.284）と，損失補償を私権制限に前提する請求権の人権として把握しているのに，刑事補償，損害賠償については，宮沢説と同様に，人権としての地位を高く評価していない。

その宮沢説では，まず，刑事補償と損害賠償は，「自由権……が公権力により，不法または不当に侵害された場合の救済として」の請求権ではあるが，厳密な意味での基本的人権には属しないとす。つまり，「基本的人権の概念が人間性から論理必然的に派生する前国家的，前憲法的な性格を有する権利であることから考えると，これらを基本的人権に含ませることは，少しむりなような気がする。それらの規定を特に人権宣言の中に入れたことは，それらに基本的人権の性格を与えようとするのが，憲法制定者の意図だったことを示すと見るべきであるかも知れないが，人権宣言の中で規定することによってすべての権利が人権の性格をもつようになると考えることは，人権の本質的性格からいって妥当でないだろう。もとよりある権利が基本的人権に属するかどうかは，ここにいう人権の本質から見て，結局は程度のちがいに帰着し，そこに区別の一線を劃することはできないが，かような趣旨で，第17条の賠償請求権や，第40条の刑事補償請求権は，人権宣言の中に規定されてはいるが，厳格な意味での基本的人権には属しないと見るのをおそらく妥当としよう」（宮沢，前掲，憲法Ⅱ，pp.197—8）とする。一方，損失補償については，憲法第29条3項の「正当な補償の下に」という文言についての説明として，次のようにのべている。それは，「公共のために特定の私有財産に加えられた損害を，私有財産制を制度として保障する見地から，補償すべきものとする趣旨である。財産権の不可侵を定める諸国の人権宣言の規定は，つねにかような補償の規定を有する」（同書，pp.393—4）と説明されている。が，その人権的性質は明らかでない。

以上の説をのぞいて，その他の場合は，おおむね，損害賠償及び刑事補償については，基本的人権の一つである請求権として説明するが，損失補償については，主として，補償内容の確定原理である

「正当な補償」の説明に終り、損失補償を権利として説明するものはない。まず、佐藤教授は、損害賠償と刑事補償は、受益権として、裁判請求権、請願権とともに国家に対して国民が一定の行為を要求する権利のうち、伝統的なものとしてとりあげている(佐藤、前掲、p.157以下、受益権はいわゆる生存権の基本権もこれにふくまれるが、これは社会国家の原理から導かれるものであるから、伝統的な受益権と区別されるとする。同書、p.157)。他方、損失補償は、自由権の中の経済的自由の財産権の保障とともに論じられている。ここで憲法第29条第3項の「正当な補償」の説明にあたって、「第3項は、私有財産制の原則の下に、特定の個人の財産権すなわち私益と国家の公共の必要すなわち公益とを調節するための制度としての公用徴収における損失補償制度の原則を示したものであり、すなわち、特定の個人に特別の犠牲を課することになる場合に、それに「正当な補償」を与えることによって両者を調節しようとするものである」とし、したがって、損失補償は、財産権の内容に関する歴史的変容とともに、公益に重点をおいた調節の機能をもつ制度であるとしている(同書、p.166)。だから、ここでは、損失補償の請求が国民にとって権利であるという性格はきわめてうすいものとなっているのである。清宮「憲法要論」の国家補償の説明は、前掲佐藤教授の場合と同じであるが、受益権の中に生活権、勤労権、労働権などを含ませて、人権体系の第1の分類に属するので、なお一層損失補償の権利性はうすらいでいる(同書、p.90)。同じように橋本教授(前掲、p.226以下)、中村教授(前掲、p.199以下)も損失補償の権利性については、語られていない。鵜飼教授の分類は、第3の分類に入り、とくにイエリネックのいう能動的地位に対応する参政権と積極的地位に対応する公権としての受益権とを、基本権を確保するための基本権としている点で注目されたが、国家補償の諸規定の説明については、佐藤教授の場合と殆ど変るところはない(前掲、pp.135—6, 153)。この人権分類に属する和田教授、黒田教授の場合も例外ではない(ただ和田教授の場合は、前出p.2の如き提案がある)。

水木教授は、損失補償は損害賠償と対比した場合、不法行為を前提しないから、損害に対して賠償するのではないのであって、それは、適法な公益上の原因により個人財産上の負担を課した分について単に反対給付をするにあると説明される(同書、pp.460—1)。また、損害賠償、刑事補償ともに、これまでの諸説と同様に、請願権、裁判をうける権利とともに、権利保護請求権として説明されているが、このうち刑事補償については、無過失損失補償の一形態であるとする(同書、p.463)。このほか、鈴木教授は、「第17条による国家賠償、第40条による刑事補償を求める権利は、それあることによって、国民のうけた苦痛が救済されうるものではない。しかし、これらの権利保障のあることが、公務員をして違法の行為をなさざることに特に意を用いしめ、いやしくも国民の自由を侵害することなからしめるのである。すなわち上述の権利保障は個人としての尊重、人身の自由についての保障に関する他の条規とひとしく、国民に不可欠の基本権である」(同書、p.111)と、その基本権としての意義を強調されるが、損失補償については、説明はない。また、小林(孝)教授の、諸権利の侵害に対する保障については、すでにのべた通り、どの程度の権利概念をもつかは明らかでない(前掲、pp.144—5)。

以上みてきたところで、損害賠償及び刑事補償については、いわゆる受益権の中の請求権として、

いわば人権体系の一つとして理解されている（もっとも、それがいわゆる基本的なものであるかどうかについては異論がある）が、損失補償については、総じて人権体系的説明はなされていない。このことは、損失補償の規定のおかれている位置によるとも思われるが、必ずしも、そうとばかりは考えられない点があるように思える。次項にこの疑問をもふくめて、国家補償の統一的な権利構造の意義を追究することにしたい。

3 基本的人権としての国家補償請求権

前項においてみてきたように、国家補償は統一的な権利体系として論ぜられているものが、きわめて少ないし、とくに損失補償に関する国民の側からの権利性を論じたものも、わずかに二・三にとどまり、きわめて不明確であるので、まず、損失補償が、基本的人権として、確立されるものかどうかについて論じてみたい。

国は、適法に個人の財産を侵害することができる。このことは、私有財産制のもとで財産所有権を神聖不可侵の権利とした、フランス人権宣言第17条及びアメリカ合衆国憲法修正5条においても、すでに承認されていたところである。しかし、人権宣言第17条が「所有権は不可侵且つ神聖なる権利であるから、何人も公の必要が明白に要求することを法律で認めた場合及び正当にして且つ予めする賠償の条件の下においてでなければ、奪われることはない」としたこと、及び、アメリカ合衆国憲法修正5条が「……正当な法律の手続によらないで、生命、自由又は財産を奪われ、或は相当の賠償なくして、公用のために私有財産を収用されることはない」としたことは、公権力による財産権の侵害を認めるとともに、財産権の不可侵原則を破らないために、新たに損失補償請求の権利を認めていることに外ならないのである。かくして、補償の内容はともかく、個人主義的財産権保障とともに、損失補償の義務が、国に課せられると同時に、国民は、損失補償の請求権を確保したのである。

私有財産制における所有権不可侵の原則は、わが国、明治憲法にもうけつがれた。すなわち、その第27条に「日本臣民ハ其ノ所有権ヲ侵カサルルコトナシ」と規定したからである。ところが、その第2項において、「公益ノ為メ必要ナル処分ハ法律ノ定ムルトコロニ依ル」とのみ規定し、立法による公用収用を認めるのみで、損失補償の語を欠いたため、国に損失補償の義務を生ぜしめず、したがって国民は、蒙った財産権の侵害に対する損失補償の請求権を憲法上有しなかった。しかし、所有権の保障を認めていたことは、それだけ、ある程度実定法制度において、損失補償制度が採用されていった。また、明治憲法の公定解釈とされる伊藤博文の憲法義解でも、「公益収用処分ノ要件ハ其ノ私産ニ対シテ相当ノ補償ヲ付スルニ在リ」と書かれている。だが、憲法が「補償」の語を欠いていたことは、致命的であり、法の沈黙は補償を認めないものと解され（今村、前掲、p.44）、なおかつ、立法化された補償も、明治憲法下の権力構造の下では、きわめて制限的、恩恵的内容をもつものでしかなかったのである。

わが明治憲法の場合の如きは、きわめてすくない例外、すくなくとも、19世紀の文明諸国では、憲法上公用収用には、必ず損失補償を伴うものとされてきた。しかるに、20世紀に入り、資本主義の発

達とともに、財産権の意義及びその社会的機能に著しい変化が生じ、憲法における財産権保障規定にも、その変化が反映してくるようになった。その代表的な例が、ワイマール憲法 153 条である。すなわち、「所有権は、憲法によって保障される。その内容および限界は、法律によって定める。公用徴収は、一般の福祉のためとし、且つ法律に基いてのみこれを行うことができる。公用徴収は、国の法律に別段の定めある場合を除き、正当な補償の下にこれを行う（以下略）」。

この規定の最大の要点は、所有権が、いわゆる不可侵の権利ではなく、憲法によって保障される権利であるということである。従って、公用収用に対する損失補償は、財産権の侵害に伴う、当然の国の義務ではなく、一般の福祉のためになされた国の公用収用によって生ずる公益と、私益との調整の原理によってなされる「補償制度」なのである。

ワイマール憲法のこの規定が、フランス人権宣言以来の財産権不可侵の原則を打破したことは、わが国において高く評価され、憲法第 29 条の解釈にも活用されている。そして、極端には、「ワイマール憲法第 153 条……は、一定の場合には無償による没収をも認めていることと相俟って、この思想の典型的な現れである。日本国憲法第 29 条第 3 項の場合も、無償の没収を認めてはいないが、基本的にはこのような思想に基くものと解される」（佐藤，前掲，p. 166）と主張される。しかし、日本国憲法 29 条第 1 項が「財産権は、これを侵してはならない」としているのは、個人主義的財産権不可侵の原則をうたったものであり、全体主義的立場から、所有権を、憲法により保障されるものに過ぎないとした、ワイマール憲法とは、思想的距離がみられる（註解，日本国憲法上（2），p. 564）。もっとも 29 条 2 項が、財産権の内容を「公共の福祉」の要請によって制限していることは、社会国家的要請として認められるが、しかし、そのことから財産権不可侵の原則を無視して、直ちに無補償の公用収用が許されるものではない。

次に損失補償を国民の権利とみない原因に、それは多分に憲法規定の書き方にもよるが、これを主として国家権力の発動の側からのみ観察して、補償理念を考える場合が多いことである。ここには、公権力の適法行為を原因とした損失補償を、国民の請求権的立場から理解することに抵抗を感じた、明治憲法的思想の底流があるのではないか。しかし、公権力の発動の態様の如何にかかわらず、国民個人に与える財産上の損害である点、公用収用という適法行為による場合も、公務員の違法行為による場合も何ら変るところはない。したがって、日本国憲法の人権保障の根本理念の一つである個人主義は、損失補償の場合も、国民の国家に対する損害補填の請求権たる性格を失わないのである。ただ、社会国家における財産権の歴史的な質的変容は認めなければならないから、それに伴う財産の適法な収用に対する国民の受忍義務が、日本国憲法も、その限りで認める「公共の福祉」の要請によって、必要とされる範囲で、補償の内容に制限を課しているが、そのことによって、損失補償請求権そのものを否定するわけのものではないのである。まして、憲法が、所有権を財産権にまで拡大したことは、実体の面で、単に補償の範囲が有体財産のみならず、それによって生じる精神的損害にまで及び、さらには第 3 者に対する補償にまで及んでいる（従来、このような場合は、その要求を権利として認めることは否定的であり、それは見舞金という一種の恩恵的なものとされていたが、今日ではこれも損失補償の

一つとされ、ますますその傾向は助長されている)ことを考えると、一段と、損失補償は、国民の請求権として理解されなければならないのである。

さて、いま一つ、損失補償が国民の請求権の立場から理解されていない議論がある。それは、憲法第29条3項の法的効力についての立法指針説にみられるそれである。まず、憲法第29条3項は、第17条の如く「法律の定めるところにより」という文言はないが、一般には、この規定にもこのような意味が含まれているとする。例えば、「本項については、法律の規定に基くことを要する旨の明文がないが、財産権を基本権として保障したこと並びに第2項の趣旨から考えて、そう解しなければならぬことはもちろんである」(註解上(2), p.570)。つまり、要するに損失補償は、憲法第29条3項の外に「法」の根拠を要するということである。そして、そのことは、さらに「適法に活動する国家は法律が明文的に損失補償義務を定めている場合にのみそのような義務を負うと解するのであって」(須貝脩一, 行政法テキスト(1), pp. 70-72), 憲法第29条3項は、そのための立法の指針を示したものにすぎず、立法が存在しない場合にこの規定によってのみ、損失補償の違憲無効の効果は生じないとする。だから、もし、「行政権による私有財産の侵害について、正当な補償を与えないときは、違憲であるが、この場合にも被害者は法律の認めない損失補償を請求することができず、ただこのような行政作用の取消を請求し、損害賠償を求めるほかはない」(田上, 穠治行政法総論, p.102) こととなる。このように、もし法律による損失補償の義務づけがない場合には、憲法の立入る余地が全くなくなる。つまり法律の沈黙は、補償を認めない趣旨と解することは、旧憲法時代の国家補償の思想的基底につながるものであり、現行憲法が先にのべたごとく、損失補償を人権体系の一つとした、本質を失わしめるものである。(今村, 前掲, p.71, 原竜之助, 行政法, p.89, 柳瀬良幹, 行政法, p.159)。公用収用については、収用の目的に対する違憲判断と、収用に伴う損失補償の内容つまり補償額についての違憲判断とは、別個に検討されなければならない。つまり公用収用そのものの違憲判断の基準は、その収用が「公共の福祉」の要請に適う財産権の制限であるかどうかであるから、それは、憲法第29条2項によって判断され、もし、無効であるとすれば、もともと、損失補償の問題は起りえないのである。そこでは、損失補償の国家責任ではなく、その前の段階の公用収用における国家責任の違法性が問われるにすぎない。一方、補償内容については、憲法第29条3項の「正当な補償」であるかどうかの問題であるから、何が正当であるかは、立法府の判断にまづものであり、その限りで立法を必要とするといえるが、同時に立法府のこの判断は、裁判所によって審査しうるから、正当でない補償(場合によっては、まったく補償を規定しない場合も)については、憲法第29条第3項に直接基いて、補償請求を認むべきであろう(今村教授は、この考えを権利発生説と呼ぶ。前掲, p.90)。

以上のことから、損失補償は、国民の側から、憲法によって保障された請求権としての性格をもつことは明らかである。では、損害賠償及び刑事補償についてはどのように考えられるであろうか。先にみた如く、これらは大かたの論者が、伝統的な受益権の一つとして承認し、また、基本権を確保するための基本権の一つとして位置づけているが、なお若干の問題点を解決する必要がある。

国の損害賠償責任は、元来、民事責任として発達した不法行為制度をその基盤としているが、国家

の違法行為にもとづく場合は、国家無責任の原則の方が近代国家の初期においては、賠償責任に優位していた。したがって損害賠償は、国民の請求権としての地位を確立することができず、憲法上の規定にもなりえなかった。わが国の場合、明治憲法の下では、それが絶対主義的天皇制によって、一層強化され、国の賠償責任を一般的に認めた制度は存在しなかったのである。また、判例上も行政裁判所は賠償の訴を受理せず、わずかに民事事件として、通常裁判所が私法法規の適用を承認する限度においてのみ、国の賠償責任を認めるにとどまった（今村、前掲、p.45）。もっとも、大審院が、大正5年の徳島市立小学校の「遊動円木事件」の判決（大 5,6,1, 大審院民事部）以来、非権力的作用及び地方公共団体の行為についての有責性を認めたことは、広く知られているところであるが、例えば、警察権、徴税権等の公権力の発動にもとづく行為の如く、権力作用については、遂にこれを認めなかった。また、損害賠償の一つである刑事補償についても、ほぼ同様のことがいえたのである。刑事補償には、その前提として、公刑罰の観念の上にたった国家機関の訴追による、刑事手続の確立を必要とする。しかし、「このような刑事手続が確立されていても、いわゆるアンシャン・レジームにおける専制主義的思想の下では、単に統治の客体にすぎない人民に対し、統治権力の主体たる国家そのものが統治権の発動たる刑事手続の施行によって生じた損失を補償するという如きことは、考えも及ばなかった」（高田卓爾、刑事補償法，法律学全集44，p.20）。たとえあったとしてもそれは、「開明専制君主の仁慈の対象としてのみ存在し」（横山晃一郎、刑事補償，総合判例研究叢書，刑事訴訟法43，p.122），人権保障のための制度たりうるものではなかった。わが国においても、明治憲法時代すでに刑事補償制度はあったが、それはまさに上記のような「仁慈の対象」として、「恩恵的」理念構造によって組立てられていた。このことは、旧刑事補償法（昭6，法60号）の提案理由の中で、「国家ガ賠償スル義務モナク、補償スル義務モナイノデアリマスケレドモ、国家ハ一ツノ仁政ヲ布キ国民ニ対シテ同情慰籍ノ意ヲ表スルノガ此ノ法律ノ精神デアル」（泉二新熊、刑事補償法論，p.112），とのべた政府の見解によっても明らかである。したがって、補償するかしないかは、国家（君主）の自由であるから、その授与にさまざまな条件をつけることができ、必ずしも実際に生じた損害に見合う補償をする必要はなかったのである。旧制度の、このような「恩恵的」構造は、裁判所の運用にも影響し、「法律が例外的に補償しないことができるとしている規定を極度に広く解釈し、補償を拒否することが多かった」（横井大三、刑事補償，p.2979）のである。明治憲法時代の、損害賠償、刑事補償制度が、このような理念によって組立てられ、かつ運用されてきたことは、明治憲法が、「そもその当初から民主的、立憲主義的要素と反民主的、絶対主義的要素との「二つの魂」の妥協的所産であつたし、このような妥協的所産としての憲法のたどるべき宿命（民主的要素が、反民主的要素によって崩壊せしめられる。筆者註、和田、同書，p.9）から、……ついに免れることができなかった」（和田、前掲、体系pp.37—8）当然の帰結として、反省すべきものであろう。日本国憲法は、このような歴史的な事情に対する反省を考慮に入れて、損害賠償及び刑事補償を、17条及び40条に規定したのである。

さて、この二つの規定は、先にのべたごとく、大部分はこれを、伝統的な受益権の一つとして、国に対する積極的権利としての国務請求権たる人権として位置づけている。このように損害賠償、刑事

補償を受益権とする説の中で、これを絶対的な権利とするのではないとするとともに、「これらの権利は、予算的措置を要するほか、その要件は憲法上明らかでないから、特別な立法を法定の停止条件とする」（田上，憲法撮要，p.91）という見解がある。しかし、損害賠償の請求権とは、国の行為によって侵害された国民の権利を、何らかの方法で補填し、原権かもしくはそれに見合う状態に服せしめることを要求する権利である。つまり、その権利が行使されて、はじめて失われた原権を回復せしめるかまたは、それに見合う状態に国民が満足すれば、その権利の行使は停止され、それ以上の要求を必要としない。いわば、消極的、静止的請求権というべきものである。したがって、国の予算措置の如何にかかわらず、原則的には、完全補償を立前として、原権回復が停止条件であり、法律によって補償請求を停止することはゆるされないものと考ええる。

この、損害賠償請求権は、立法を法定の停止条件とするという考えに関連して、先にのべた損失補償と同様に、憲法17条の法的効力問題があるが、多数説は、この規定が立法指針を規定したもので、この規定によって直接、損害賠償の請求はできないとする。しかし、この主張の中にも、損害賠償請求権に対する不十分な権利性を認める場合があるので、少し検討してみる。問題は法律の不存在の場合と、法律が損害賠償を否定した場合損害賠償の請求はどうなるかである。第1の問題は、今日では国家賠償法が制定されているので、具体的には解決されているが、国賠法が制定される以前の段階で日本国憲法施行以後の、国家賠償についてであるが、判例及び学説の多数説は、これを国家責任の立場から、憲法にいう「法律の定めるところにより」の「法律」の存しない限りは、国に賠償責任はないとする。したがって、憲法施行後に制定された国賠法の適用を憲法施行時にまでさかのぼらせなくても違憲ではない（東京高裁，昭29.9.30，下裁民集，5.9.1646）し，「（国家賠償法）施行前の行為に基づく損害についてはなお従前の例によることは同法附則に規定するところであるから，本訴の場合に右法条を適用して国に損害賠償の責任があるということはできないのである」（札幌高裁，昭25.11.13）。これに対して，17条が，立法指針を定めたという点では変りはないが，このような場合国賠法にかかわって，民法の類推適用を認めようという説がある。すなわち「民法は公権力の行使による不法行為については従来通り適用がないとすれば，適用すべき法規が存しないことになり，公権力の行使による損害に関する限り憲法の規定は空文となるわけであるが，この場合は，憲法の趣旨を尊重して，民法の類推適用を認めうるのではないかと考えられる」（註解上(2)，p.388）。このような民法適用論に対して損害賠償請求権が公権であり，公権力の行使による不法行為を，民法によって類推解釈することは不当であるとする見解は有力であるが，ここには，損害賠償請求権を，国民の権利より，国家責任の弁護の側に傾斜した考え方があるように思われる。次に，たとえば，先の国賠法附則の如き規定のように，国賠法施行以前の賠償責任を全く否定するとき規定，また旧電信法24条の如き全く賠償責任を否定したような場合には，どのように解すべきであるか。多数説は，これを違憲無効なものであるとする。しかし，このような場合は，違憲無効とするばかりでなく，同時に，憲法17条＝国家賠償法によって，損害賠償の請求をすることができる。なぜなら憲法17条自身が，立法指針を定めると同時に請求権行使の源泉＝つまり権利発生の法源であるからである。すなわち，17条の「法律の定めるとこ

るにより」とは、賠償の要件を法律にゆずるとするも、全く補償を要しない場合までも法律で認めていることをいっているのではないこと勿論であるから、前記のような法律は、違憲審査制を採用したわが国では、裁判所の判断に委ねられる。そして、裁判所は、この場合、直接憲法17条を基礎にして、国民の賠償請求権の実質的効果を計ることになるだろうからである。単純な立法指針説によって、法の沈黙の前で請求権の空洞化を生ぜしめるよりも、かく考えることの方が、損害賠償を国民の権利として理解する上に重要であると考えられる。

以上、のべたことから、国家補償が今日まで、とかく国家の行為の側から、その公権力の形態によって主権的に、国家責任の弁護的役割としてしか理解されなかったことから、国家責任をとにかく過少評価して、補償の制限を試みてきた傾向のあったことはたしかであった。しかし、たとえば今日、損害賠償請求原因としての国家行為は単なる不法行為——つまり過失責任のみを含んだ行為——のみにとどまらず、広く無過失違法な行為にまで及ぶべきであるとされ、この損害賠償における国家の過失責任の理論は、損失補償における精神的損失への補償及び第三者補償への拡大傾向と相俟って、国家補償を個人主義的立場から統一、融合せしめる方向にむけさせ、しかも、自由権保護の実質的保障権利として、むしろ自由権、社会権等の諸権利と並列的に保障される基本的人権の地位にまで高められていると考えてよいのではなかろうか。

Ⅲ 国家責任からの評価

日本国憲法の規定する国家補償諸規定は、前項において考察・評価してきたごとく、それぞれ基本的人権としての地位を確保し、国家補償諸請求権として、日本国憲法の人権体系の一部を構成するものであった。しかし、このような評価は、あくまでも国家権力の発動の形態が、適法なものであれ、違法なものであれ、とにかく、生じた国民の利益の侵害を補填する責任が、当然に国家の側に義務づけられていることを根底においたものであった。したがって、国家補償理論の一方の視角である、国家責任の問題については、十分な考慮が払われることはなかったのである。

国家補償を、国家の行為責任の観点からみると、公権力の行使が適法な場合と、違法な場合とがあり、前者の場合を、損失補償責任と呼び、後者を損害賠償責任と呼ぶ。国家権力が強固な時代には、この公権力の行使による責任のあらわれかたによって、国家補償は理論づけられてきた。したがって、場合によっては、補償の存在しない国家責任の理論もまた可能であった。とくに、損害賠償における、国家無責任の原則は、ながく国家補償理論を支配してきた。明治憲法下の、わが国における偏頗な損害賠償制度が、この原則を基礎にしてきたことは、すでにみてきたところであるし、例えそこで補償がなされたとしても、刑事補償制度にみる如く、明らかに、それは、国の恩恵として与えられるものでしかなかった。財産収用に対する損失補償はこれにくらべて、いくぶんかは人権的役割を演じてきたが、全く、国家無責任の例外であった訳ではない。

しかし、日本国憲法は、国家補償を人権保障規定の中で、基本的人権としての請求権的角度からこ

れを規定した。国家無責任の原則は、完全に崩壊した。無補償の国家責任は、人権保障の角度からは存在しないのである。したがって、国家責任の側から国家補償を論ずることの実益は、国家責任そのものの性格を明らかにすると同時に、国家の責任として、国民に填補される補償の内容に関する、基準設定の理論でなければならない。

1 損失補償責任

国家の損失補償責任が、国家の適法行為によってもたらされた、個人の利益侵害に対する補填責任であることは、すでにのべたところである。その原因行為の主たるものは、私有財産に対する侵害を直接目的としたもので、公用収用というが、これにとどまらず、人的収用、つまり人の行為に対する規制の結果として、経済的な価値剥奪を生ずる場合もある。憲法第29条3項は、このいずれの場合も、国家に損失補償の責任を課しているものと、解される（柳瀬，前掲，pp.159—60，今村，前掲，pp.74—5）。

さて、今日、損失補償における国家責任、及びその責任を充当する補償内容の基準に関する論議は、主として日本国憲法第29条3項の「正当な補償」の解釈論にこれを見ることが出来る。憲法第29条第3項は、「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用いることができる」と定めているが、周知の通り、「正当な補償」の解釈をめぐる、完全補償説と、相当補償説とが対立している。損失補償を、個人の権利保障の立場からみた場合、個人の権利を侵害する国家行為の態様如何というよりも、侵害が行われたこと事態が重要であって、その限りで国家責任が問われるのであるから、「正当な補償」は、侵害に対する完全な補填を意味するものとされる。すなわち、不可侵権として保障される財産権（29条1項）規定によって、保護されている、被収用財産と同価値の補償額であることが、「正当な補償」たるべきであるというのが、完全補償説の主張するところである（完全補償説をとるものとして、柳瀬，行政法，p.160，大西芳雄，正当な補償，憲法判例百選，pp.63—4）。一方、相当補償説は、国家行為による財産権侵害を、単純な国家による侵害という評価をすべきではなく、その行為の目的における公共的重要性に重点をおき、その公共性に応じて、社会一般に認められる合理的な基準に従って補償額が決定されるべきであるから、「正当な補償」とは、その限りで、「妥当な」または「相当な」補償を意味すると主張する。今日のわが国公法学者が一般に採用する理論である。

判例は、この問題について、周知の通り、農地改革をめぐる多くの憲法訴訟の中で、「相当補償説」の立場を堅持してきている。その主張の骨子は、例えば、自作農創設特別措置法合憲判決にみることができる。すなわち「……正当な補償とは、その当時の経済状態において成立することを考えられる価格に基き、合理的に算出された相当な額をいうのであって、必ずしも常にかかる価格と完全に一致することを要するものでない」と解するを相当とする。ただし財産権の内容は、公共の福祉に適合するように法律で定められるのを本質とするから（憲法29条2項）、公共の福祉を増進し又は維持するため必要がある場合は、財産権の使用収益又は処分の権利にある制限を受けることがあり、また財産権の価格についても特定の制限を受けることがあって、その自由な取引による価格の成立を認められな

いこともあるからである」(最判, 昭.28.12.23, 民集7.13.1523)。しかし, この種の法令が, 地主の土地所有を小作農に解消し, 土地の均分化をはかることによって, 農民の経済的, 社会的平等権を保障しようとした, すぐれて社会国家的な政策を背景としたものであるだけに, 上記判決における「正当な補償」の解釈は, 憲法29条2項の解釈を社会国家的に評価した上での結論であったとみるべきであろう(したがって, とかく異論を生んだ買収価格の算定方法をも, 合憲とされたのである)。

ところで, このような学説・判例における「相当補償説」は, 一面では, 損失補償内容の基準を設定するにあたって, 補償義務を負う国家責任の追求よりも, 個人の財産権に対する社会的義務に基づく, 受忍義務を優先せしめることとなる。たとえば, 「土地収用法において, その損失はある程度まで社会公共の利益のための共同の負担として各人が受忍しなければならないという社会的拘束が認められ, 従ってそれに対する補償はこの社会的拘束の限度をこえてまで犠牲を負わしめられた部分についてだけ与えれば足り, つまり「完全な」補償ではなくその一部の補償であっても, 「正当な」もしくは「相当な」補償たり得ると解される」, という見解(佐藤, 憲法註釈全書, p.200)は, 一見, 財産権に対する「公共の福祉」の要請からくる制限として, 公用収用の財産権侵害における補償の限界を示すのに適当のように思えるが, ただ, 無条件に国民の受忍義務のみを前面にだして補償額を決定することは, 損失補償の請求権的性格を弱め, 同時に国家の補償責任を不明確なものとする。同じ国家補償制度でも, のちにのべるように, 国家の損害賠償が, 原理的に, 個人主義的, 自由権的人権保障のもとで, 明確に国家責任を追求し, 個人の国家に対する請求権として理解されるのに対し, 損失補償の場合には, 財産権の不可侵原則からすれば, むしろこちらの方こそが個人主義的, 自由権的権利保障を前提とする, 国家責任の追求があってしかるべきであるにかかわらず, 前提となる原因行為が適法行為であることと, 近代諸国家における, 社会国家的諸権利の保障の要請から生じる私有財産に対する制限の法理——憲法的には「公共の福祉」の要請という制限——によって, 国家に対する請求権的性格を不明確にするとともに, 国家の補償責任の追求も, 国民の公用収用に対する受忍義務の強調によってややもすると, 権力行使の正当性維持の主張にすりかえられがちとなっているのではないだろうか。

ところで, 従来, 損失補償は私有財産の公用収用のために論ぜられ, すでにのべた如く, その限りで明治憲法下においても制度的に存在しえたが, それはまったく立法政策上の問題とされていたし, その補償の範囲も直接の被害者のみの, しかも財産上の損失補償に限られていた。しかし, 現憲法はこれを, 憲法上の制度とし, 制度運用にあたって, 補償の範囲も単に財産の損失補償に限らず, それによって生じる精神的損害, 第三者に対する補償にまで及んできている。従来このような場合にはその要求を権利として認めることは否定的であり, それは見舞金という一種の恩恵的なものとされたが, 今日ではこれも損失補償の一つとされ, ますますその傾向は助長されつつある。また人的収用, つまり, 人の行為に対する規制の結果として, 経済的な価値剥奪を生じた場合もこれに含まれることは, 先にのべたところであるし, 収用が大規模の場合は, 損失補償も, 関係者の生活再建に役立つものであることすら必要とされるに至っている場合もある。例えば, 電源開発に伴う水没補償など(電

源開発促進法7条参照)がそれであるし、自動車道建設に伴う土地収用などの補償にも、そのような規定がみられる(例えば、国土開発縦貫自動車建設法第9条は、「自動車道の建設に必要な土地等を供したために生活の基礎を失う者がある場合においては、政府は、その者に対し、政令で定めるところにより、その受ける補償と相まって行うことを必要と認める生活再建又は環境整備のための措置について、その実施に努めなければならない」と規定している)。損失補償の範囲についてのこのような傾向は、憲法29条3項の損失補償の規定が、公権力の発動の意図、つまり公用収用の社会公共の目的及び、それに伴う、個人の受忍義務の強調を規定していることよりも、個人の私有財産権保護に重点をおいた、公用収用における国に対する補償請求権を強調した規定とみるべきである。したがって、今日、「正当な補償」を「相当補償」と解して、「社会通念に照らし、正義公平の原則に照らして」決定される「合理的な補償」であると解しても、それは、「完全補償」を排斥しているのではなく、「私有財産制の下においては、むしろそれを前提とし、場合によって、合理的事由あるときは、それを下回り得るものということの意味するに止まる」(今村、前掲、p.77)のである。このことは、日本国憲法が人権の価値原理として、個人主義の理念を採用している(憲法13条)ことから考えられるのである。したがって、まして立法を停止条件とする無補償の国家責任は、原理的に存在し得ないのである。

2 損害賠償責任

憲法17条は「何人も、公務員の不法行為により損害をうけたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体にその賠償を求めることができる」と規定している。そして、その代表的法制として、国家賠償法があり、その第1条1項は、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」と規定している。このことは、明治憲法下において否認されていた権力的作用による損害についてはもちろんのこと、すべての公務員の不法行為にもとづく損害について、国は賠償の責任を負うことを認めたものである。このような保障にもかかわらず、公務員の「不法行為」の解釈をめぐって、国の賠償責任の範囲に大きな意見の対立が生じている。それは、公務員の「不法行為」を故意・過失にもとづく違法性のみを含むものとする考えと、そうではなく、故意・過失がなくとも、違法性を含む「不法行為」は成立するとする意見の対立である。前者の見解では、公務員の行為に故意・過失がみとめられる場合にのみ損害賠償の責任が国家にある。したがって無過失による損害の賠償の責任は生じないとする。その理論的根拠には、原理的に国の損害賠償責任が代位責任であるから自己責任に転嫁される無過失賠償責任は認められないとする場合(これまでの通説とされている)と、わが国の場合、法制において(国家賠償法1条、民法44条、715条)、過失責任主義を採用しているということから、憲法17条にいう公務員の「不法行為」も故意・過失による違法性のみをその内容としているとする場合とがある(註解上(2)、p.387)。一方、国家賠償に無過失賠償責任まで含めるべきであるという説については、まず国家責任そのものが、漸次全体主義的共同負担主義に移行している現代法理にもとづき、原理的にいわゆる国家の危険責任の法理にたつて自己責任を負うとす

るもの（このことをさらに発展させて、特別犠牲の理論と結合せしめて、結局無過失損害賠償責任は、損失補償責任に外ならないと結ぶ説もあるし、無過失行為＝適法行為という等式によっても無過失責任を、損失補償責任と結びつける論もある。この点についてはのちにのべる）と、いま一つの考えは、いくぶんこの原理をふまえてではあるが、日本国憲法のもとでは、その人権保障の立場から、公務員の権力行使における過失をあまり強調すべきではないと前提する考えがある（和田，体系，p.165）。国家の損害賠償責任の意義については、以上の如くその中に無過失賠償責任を含めるか否かによって見解が分れる。

無過失損害賠償責任が国家にあることは、後者の見解に従って、これを肯定するものであるが、なお理論的な究明の外に、一つは現代社会生活の高度化、複雑化が国民生活を極度におびやかしており、国の賠償責任も市民法的過失責任主義によってのみでは解決できない場合が予想されることを念頭にいれておかなければならないし、また、国家補償の人権的側面からみた場合、国家の原因行為の如何にかかわらず、基本的人権体系の一つとしてとらえられてきつつある以上、憲法保障の実効を期待するためには、国の危険責任を認めて、過失・無過失の原因を問わず、与えた損害に対して、国は賠償の責に任ずることが、現代の法理に適するというに、配慮を致す必要がある。

現に、わが国の各種法制にも無過失賠償責任を認めるものが数多く存在している。例えば、国家賠償法2条の营造物の設置管理の瑕疵による場合の責任もそうであるし、労基法75条以下の如き労働者の業務上の死傷ないし疾病に対する災害補償義務などがこれにあたるであろう（刑事補償も、のちにのべるようにこれにあたとされているが、多くの問題点を含む特殊な例である）。最高裁判所の判例の中にも、無過失賠償責任を認めたいいくつかの例がある。なかでも、非番の日に制服を着用して、強盗・傷害致死の罪を犯した巡査の行為を、公務員の不法行為として、東京都に対し、被害者の縁者が起した損害賠償請求訴訟における判決は著名である。この事件で、東京都側は、上告理由において、「（国家賠償法1条）の職務執行とは主観的に権限行使の意思を有した職務執行につき違法に他人に損害を加えたときは選任監督につき過失なくとも尚損害賠償の責に任ぜしめる法意と解せざるを得ないのである。然らざれば国家賠償法は、国・公共団体に対し無限の責任を課したことになるのであって、これは憲法17条の趣旨ではないと信ずる」とのべたが、最高裁判所は、この上告理由をしりぞけて、「（国家賠償法1条）は公務員が主観的に権限行使の意思をもってする場合にかぎらず自己の利をはかる意図をもってする場合でも、客観的に職務執行の外形をそなえる行為をしてこれによって他人に損害を加えた場合には、国又は公共団体に損害賠償の責を負わしめて、ひろく国民の權益を擁護することをもって、その立法の趣旨とするものと解すべきであるからである」（最判，昭.31.11.30，民集10.11.1502）と判決した。この判決は、正面から国・公共団体の無過失賠償責任を認めたものではないが、結果においては、無過失損害賠償の有責性が、国・公共団体に存することを認める方向を示唆した判決として注目されたのである。また、いわゆる梅毒輸血事件（最判，昭.36.2.16，民集15.2.244）では、実質的に無過失賠償責任があるものとされた。

かくして、すでにのべたように、日本国憲法の人権保障の趣旨から、公務員の「〔不法行為〕」(は)民法の場合の如き精密な概念構成は必要でなく、ひろく「違法な行為」に解し」（和田，体系，p.165）う

るのではないかと、また「〔過失〕もあまり強調すべきでなく、むしろ無過失責任の方向に解決するのが、人権保障の趣旨に合し」（同書、p.165）うるのではないかと考えられるようになったのである。このような日本国憲法下の人権体系の中の国家補償の位置づけからする無過失損害賠償責任を肯定するのみでなく、国家賠償に関する一般理論の傾向をみても、国家の賠償責任が、個人責任主義から、全体主義、公平負担主義へ移行するとともに、公務員の違法行為に過失が伴わなくとも、それが国家賠償の原因行為と目される場合には、不法行為とみるようになってきた。とはいっても、このような全体主義的、危険の公平負担主義、または特別犠牲の理論等に基づく無過失損害賠償責任論の中には、必ずしもその原因行為の違法性を当然に含むものとはいえないとして、無過失責任＝適法行為という等式によって、国に損害賠償の責任の生ずる場合があるから、したがって、一般に国家補償理論に無過失責任主義が採用されることは、国家補償理論が、損害賠償から損失補償へ移行することを示唆するという論議もあるがここでは論じない。

それはさておき、以上のことから、国家の損害賠償責任は、漸次、ひろく公務員の無過失違法な行為に対する賠償責任に及んできていることは明らかである。このように日本国憲法のもとで、明治憲法時代の国家無責任の原則から生じた偏頗な賠償責任を否定するとともに、さらに一步前進して公務員の不法行為責任を、無過失責任にまで及ぼして国家の賠償責任を個人主義的代位責任から危険負担的自己責任に転化せしめつつあることは、つまり損害賠償を人権保障の立場から、またあくまで被害者の権益保護の立場から、確立せしめようとする意図にあることは、他の人権系列の比較からも明らかであるといえよう。

3 刑事補償責任

刑事補償が国家補償制度の一つとして、また同時に憲法によって保障された基本的人権体系の一つとして、考察されなければならないことは、先に指摘したところであるが、これを国家責任の側からみれば、国民に与えた損害の補填である点で、他の損失補償、損害賠償と同様に、国家行為のあらわれ方に対する責任のあり方が問題となる。この場合、一般に国の刑事補償責任は、適法行為に基づく損失補償責任であるとするものと、損害賠償責任の範疇に入るが、原因行為に過失をとまわらないので無過失賠償責任であるとするもの、及び刑事手続の本質から、原因行為の有責性を問うことなく、結果において、損害賠償責任が生じるとするものとに分れる。まず、刑事補償は、主として身体上の損傷や、名誉権回復の代償を含むものであるから、純粹に適法行為にもとづく損失補償と異って、原因行為——この場合は刑事手続——の違法性の指摘が強く要求されなければならない。この点で刑事補償を損失補償とすることは不当である。

ところで刑事手続とは、ある人が犯罪の嫌疑ありとされた場合に、果してそれが真に存在するか否かを確認する手段である。したがって、訴訟手続の対象は、つねに仮説的性格をもっているのである（被告人は無罪と推定されるという原則がここで適用される）。だから、真の犯人であるか否かは、訴訟手続の終結をみなければ確定しないのである。とすれば、最終的に有罪・無罪の結論のいずれがでても、

刑事手続は正しい機能を発揮したものといわなければならない。刑事手続をこのようにみると、たとえ刑事補償が、国の損害賠償と同質であるとしても、補償責任の原因行為である刑事手続は、過失責任を伴わない行為であるということになる。ここに刑事補償が無過失賠償の一例だとする理由がある。しかし、原因行為が適法行為であることを認めるとすれば、損害賠償における無過失責任とちがって行為の違法性が捨象されるから、無過失責任＝適法行為として、国家責任はむしろ損失補償責任の性質をおびてこざるをえないので、ただちにこれをもって、無過失責任による損害賠償とみることはできない。やはり、無過失責任を認めると同時に刑事手続における違法性の強調が必要とならなければならない。かくして、補償責任の原因行為である刑事手続についての違法性の判断は、訴訟段階における具体的、事実的行為に関するものではなく、「無罪者についての訴訟手続は、もともと国家権力を発動すべからざる者に対して発動し、それによって損失を蒙らせたという観点から考察される」(高田、前掲、p.34) ことにならざるを得ないのであって、かく考えることによって、「適法にすめられた刑事手続であっても、終局的に無罪が証明されれば、それは、結果的ににおいて違法な行為であり、そこに過失の有無を問わず、行為の結果責任として、損害賠償の責任が国に生じる」(高田、前掲、p.34) と解するのが至当であろう。

IV む す び

本稿は国家補償の憲法的考察を、一つは人権体系からの評価と、いま一つは国家責任からの評価に分けて試みた。そして、第1の評価視角から、まず国家補償が、日本国憲法上基本的人権たる国民の請求権として性格づけられることを明らかにした。このような国家補償の性格は、日本国憲法17条、29条3項及び40条のそれぞれの国家補償に関する具体的内容規定の個別的検討と、憲法自身が宣明する人権保障の個人主義的原理(憲法13条)とによるものであるということができよう。同時に、このように公権力の発動の形態のあらわれ方の如何にかかわらず、それによって蒙った損害に対する国民の国に対する補填請求権たる基本的人権の視角から、国家補償を考察したことは、国家補償の理論的統一の足がかりを提供するものである。したがって、第2の考察視角たる国家責任からの評価では、国家の行為責任について損失補償、損害賠償及び刑事補償のそれぞれに分けて検討すると共に、国家補償請求権に対応する国家の補償責任の性格の把握と、国家の責任として、国民に填補される補償の内容に関する基準設定をすることに努めた。

以上のような考察には、なお、人権体系からの評価として、個人主義的人権保障観のうすいわが国法制の一層の究明が必要であるし、また、国家責任からの評価として、仏独における危険責任論及び公益負担主義における、国民の受忍義務の問題等、国家補償の理論的統一を果すには、なお本格的にとりくむ問題が数多くのこされているのである。本稿は、そこに至る予備的考察の意図をも含めているものと解していただきたい。なお、本稿の如き問題については個別的には多くの文献があるが、とくに本稿では田中二郎「行政上の損害賠償及び損失補償」、今村成和「国家補償法」(法律学全集第9

卷)に拠った。その他の文献は、今村「前掲書」巻末(pp. 135—7)に詳しい。

Das verfassungsrechtliche Studium der öffentlichrechtliche Entschädigung

Seichi Nakahara

Das Gesetz der öffentlichrechtliche Entschädigung bei Haftung des Staat schaffen war unmöglich, weil sind es über die Haftungs des Staat bei gesetzliche und ungesetzliche Ausübungs öffentlicher Gewalt denken werden, die Fundamentalidee zu unterscheiden. Dann diese Gesetz konnte schwerlich für das fundamental Menschenrechte der Völker erkennen, das argumentierte hauptsächlich Natur der Haftung des Staat der Gewaltanwendung.

Es sondern dienen, aber zugleich zur die Garantie des fundamental Menschenrechte der Völker, als einheitlicher Theorie. Wenn wir fassen die Artikels des öffentlichrechtliche Entschädigung, der werden sie bestimmen in unserer Verfassungsrecht auf, wollen bei sich darüber Einkehr halten. Aus die Gesichtspunkt wie oben gesagt ist diese Arbeit, was betrachtete solche Artikels des japanischen Verfassungsrecht.